Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

V.

Beiträge zur Lehre von der Widerklage.

Von Herrn Dr. Lauk, Privatdocenten zu Würzburg.

Die Lehre von der Widerklage wurde in den neuern Zeiten weniger bearbeitet, als es die Wichtigkeit derselben verdient; es dürfte daher, da die bekannte Abhandlung von Goldschmidt [1]) nur die Grundzüge aufstellt, die neueste von Fischer [2]) zunächst nur das österreichische Recht beachtet, eine neue Entwicklung der Lehre von der Widerklage nicht uninteressant seyn. Die folgende soll zuerst eine historische Einleitung, dann die dogmatische Darstellung geben, und endlich den legislativen Gesichtspunkt im Allgemeinen andeuten. —

Oft wurde die Behauptung aufgestellt, das römische Recht, wenigstens das ältere, habe die Widerklage nicht gekannt [3]); allein sieht man von der Verschiedenheit der Verhandlung ab und hält man den Satz fest, daß zum Wesen der Widerklage nur das gehört, daß der Beklagte seine Gegenforderungen an den Kläger vor demselben Richter nicht blos mittelst Einreden, sondern auch so geltend machen kann, daß der Kläger ihm zu einer Leistung verurtheilt wird, so kann kein Zweifel seyn, daß auch dem römischen Rechte die eigentliche Widerklage nicht fremd war [4]); indem es oft aus-

1) Abhandlungen aus dem Civilproceß No. III.

2) In Wagners Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamsamkeit, Jahrg. 1827. H. 9. No. XXXII.

3) Hennings die Zulässigkeit der Widerklage. Hannover 1806. S 21.

4) Mühlenbruch Lehre von der Cession. 2te Ausg. §. 62.

drücklich heißt, daß der Kläger, und zwar nicht blos in judiciis duplicibus dem Beklagten, positiv zu etwas verurtheilt werden könne [5]).

Was nun das eigentliche Verfahren für die Widerklage bei den Römern betrifft, so muß man hier unterscheiden

I) die actiones mutuae, d. i. Klagen, welche aus demselben Rechtsverhältniß directa und contraria entspringen. Hier ist von einem processualischen Verhältnisse ganz und gar nicht die Rede, und bloß die Vorschrift kommt vor, daß, wenn beide Klagen in demselben judicio geltend gemacht wurden, für sie derselbe Richter zu bestellen war [6]). Allein ein solches processualisches Verhältniß tritt schon hervor bei den

II) petitionibus mutuis oder den eigentlichen Widerklagen. Diese wurden für solche Gegenforderungen eingeführt, mit welchen gegen eine angestellte Klage nicht compensirt werden konnte [7]), und es war dieses nach römischem Recht um so nothwendiger, als die Compensation nur in bonae fidei judiciis zugelassen wurde [8]), der Beklagte also, wenn er bei stricti juris negotiis etwaige Gegenansprüche geltend machen wollte, dies nur im Wege der mutua petitio thun konnte. Hier finden wir nun folgende processualische Vorschriften:

1) Es konnten diese mutuae petitiones immer bei dem Richter der Vorklage angebracht werden [9]). Dies war ganz

5) L. 18. §. 4. commod. (13. 6.). L. 1. C. rer. amot. (5. 21.).

6) L. 2. C. de jud. (3. 1.). L. 5. C. de arb. tut. (5. 51.).

7) L. 7. §. 1. de compens. (16. 2.). L. 18. §. 4. commod. (13. 6.). L. 5. §. 2. de impens. (25. 1.). — Goldschmidt a. a. S. 21. *Tigerstroem* de judicibus apud Romanos p. 130. 131.

8) §. 30. J. de act. (4. 1.). Hefter im Archiv f. civ. Prax. Bd. 10. S. 210.

9) L. 22. de jud. (5. 1.). L. 1. §. ult. de extr. cogn. (50. 13.). L. 14. C. de sent. et interloc. (7. 45.). — Gönner zu Danz

billig, da die Prätoren, die extraordinariae cognitiones ausgenommen, nicht selbst richteten, sondern nach vorläufiger Instruction die Sache zur weitern Entscheidung an die judices pedaneos verwiesen, diese aber nur auf Wahl und Uebereinstimmung beider Partheien gegeben wurden, indem der Kläger einen Richter vorschlug, der Beklagte ihn aber durch das einfache nolo eum judicem eligere sich denselben verbitten konnte [10]).

2) Man konnte ja zu keiner Leistung in der Vorklage angehalten werden, bis über die Widerklage verhandelt und entschieden war [11]).

3) Beide Sachen, Vor- und Widerklage, mußten nach der gewöhnlichen Meinung unter sich connex seyn. Man stützt zur Begründung dieser Ansicht sich gewöhnlich auf die Worte „*eodem negotio*“ in L. 14. C. de sent. et interlocut. (7. 45.); allein dies kann ja auch nur auf die gerichtliche Verhandlung gehen, und auf jeden Fall scheint man das idem negotium auch schon dann angenommen zu haben, wenn aus der einen actio eine compensatio für die andere hervorgehen konnte [12]).

Im Laufe der Zeit nun änderte sich an dem Institute der Wiederklage vieles. Schon Mark Aurel verordnete, daß auch bei stricti juris negotiis die Compensation Platz greifen sollte, wenn sie mittelst der exceptio doli eingeführt wurde [13]), und Justinian führte sie mit einziger Ausnahme der actio depositi bei allen Rechtsgeschäften ein [14]); dadurch wurde nun die Nothwendigkeit der mutua petitio

---

§. 438. not. b. läugnet dieses nach älterem Rechte, allein die von ihm angeführten Gesetze sprechen gerade gegen ihn.

10) *Toullier* Droit civil français T. VII. p. 425. *Tigerstroem* l. c. p. 45.

11) L. 1. C. rer. amot. (5. 21.)

12) *Toullier* l. c. p. 483. 484. L. 6. C. de comp. (4. 31.).

13) §. 30. J. de act. (4. 6.).

14) L. 14. C. de comp. (4. 31.).

ſchon vielfach beſchränkt. Juſtinian verwandelte auch was früher nur Recht war, gleichſam dadurch in eine Verbindlichkeit, daß er verordnete, daß, welcher Beklagte an den Kläger Gegenforderungen zu machen gedenke, ſolche gleich zu Anfang (und ohne Unterſchied, ob ſie connex oder nicht connex wären) vor denſelben nicht recuſirten Richter bringen müſſe, ſonſt dürfe er vor Beendigung dieſes Rechtsſtreites ſeine Forderung an den Kläger vor keinem andern Richter geltend machen [15]).

III) Als hier vorzüglich zu beachten, kommen noch im römiſchen Rechte die Nachklagen vor.

Die Römer nämlich waren ein ſehr proceßſüchtiges Volk, und da dabei der römiſche Proceß durchaus das perſönliche Erſcheinen der Partheien bei Gericht erforderte, ſo war derſelbe ſehr beſchwerlich und es daher billig, daß der unterliegende Theil nicht nur in die Proceßkoſten verurtheilt wurde, ſondern auch noch etwas zahlen mußte, um, wie man zu ſagen pflegt, ihm das Müthchen zu kühlen. Dafür nun waren das contrarium judicium und das columniae judicium eingeführt, worüber wir erſt durch Gajus [16]) einige Aufklärung erhalten haben.

Das contrarium judicium konnte gegen den Kläger wegen ſeines bloßen Unterliegens aber nur in beſtimmten Sachen, die wahrſcheinlich am häufigſten Gegenſtände der Proceſſe waren, geltend gemacht werden, nämlich

1) bei einer Injurienklage auf ein Zehntel des objecti litis;

2) wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe ſich einer prätoriſchen Immiſſion widerſetzt, oder

3) die Frau, welche ventris nomine in Beſitz geſetzt worden, habe den Beſitz trügeriſcher Weiſe einem Andern

15) Nov. 96. cap. 2.

16) IV. §. 174—182. — Schweppe Rechtsgeſchichte ad. II. §. 576.

übertragen, in dieſen beiden letzten Fällen auf ein Fünftel des objecti litis.

Das calumniae judicium ging immer nur auf ein Zehntel und konnte nur wegen offenbarer Kalumnie des Klägers geltend gemacht werden. Beide judicia concurrirten, wenn anders die Erforderniſſe von beiden gegeben waren, electiv mit einander, fielen aber weg, wenn das juramentum calumniae geleiſtet, oder die restipulatio poenae, d. i. die Bedingung einer Art von Sukkumbenz-Geld, geſchehen war.

Als in den ſpätern frivolen Kaiſerzeiten die Ableiſtung des juramenti calumniae immer häufiger ward, auch die mildere Praxis, da ohnehin die fiskaliſchen Strafen vielfältig und ſtark genug waren, die Strafen einzutreiben vergaß, überhaupt die laxe und muthloſe Zeit dieſe immer etwas Trotziges und Demokratiſches habenden Strafen nicht mehr recht vertragen konnte, fielen dieſe beiden judicia weg, und Juſtinians Rechtsbuch kennt ſie nur noch als Antiquität [17]).

In dem canoniſchen Rechte war derſelbe Grund für die Widerklage gegeben wie im römiſchen, nämlich das Princip der Billigkeit: Aequum est, ut actor, qui sponte sibi elegit judicem contra adversarium, vicissim etiam patiatur, ut adversarius contra ipsum eundem sibi judicem petere et eligere possit [18]); denn auch nach der päpſtlichen Gerichtsverfaſſung wurden die meiſten Sachen vor judicibus delegatis, die meiſtens auf die Angabe des Klägers hin ernannt wurden, verhandelt, und es war daher auch Grundſatz, daß, wenn der Fürſt motu proprio judices delegirt hatte, vor dieſen eine Widerklage nicht angeſtellt werden konnte [19]).

17) §. 1. J. de poen. tem. litig. (4. 16.).

18) *Pirhing* Jus canonicum L. II. Tit. IV. §. 1.

19) *Pirhing* l. c. §. 3. Aus demſelben Grunde ſcheint man zu

In das canonische Recht ging der Grund dieser Lehre aus dem römischen Rechte über, nur ließ das erstere die Widerklage auch nach der litis contestatio jedoch nicht cum effectu simultanei processus zu [20].

Die deutschen Reichsgesetze gestatten ebenfalls die Gegenklage oder das Widerrecht, und bestimmen als Termin zur Anbringung derselben den Zeitpunkt vor der litis contestatio oder den ersten und zweiten Gerichtstag darnach [21], der J. R. A. §. 46 will sie mit der Gegennothdurft (Exceptionalhandlung) angebracht haben, wird sie später eingebracht, so soll sie separatim procedirend gehalten werden.

Ganz eigen gestaltete sich die Widerklage nach sächsischem Rechte [22]. Hier beruht nämlich die Widerklage darauf, daß eine Vorklage im Executivwechsel oder Hülfsproceß angestellt und zum Nachtheile des Beklagten entschieden wurde, und nun dieser auftritt, um durch seine mit der Vorklage in genauem Zusammenhange stehende Widerklage entweder den Ungrund der Vorklage an sich zu zeigen (z. B. A wird von B im Wechselproceſſe belangt, später erst kann er zeigen, daß er zur Zeit des ausgestellten Wechsels filius familias, oder daß der Wechsel falsch war) — reconventio directa, oder eine peremtorische Einrede, die ihm erst zur Zeit der Hülfsvollstreckung bekannt wurde, und nicht sofort durch Urkunden liquid gemacht werden konnte, auszuführen, wodurch das an sich begründete Recht des Klägers wieder aufgehoben wird — reconventio in directa. Es hat also die säch-

---

Rom gezweifelt zu haben, ob die Widerklage zulässig sei, wenn der praeses selbst eine Sache entschied. Videamus, sagt Ulpian in L. 11. §. ult., de extr. cogn. (50. 13.), an de mutuis petitionibus possint praesides cognoscere? Et *putem* debere admitti.

20) C. 3. de resc. in 6to. (43.).

21) L. G. O. v. 1507. §. 18. L. G. O. v. 1555. III. 30.

22) *Berger* Oeconomia juris ed. VI. p. 829. Kori über den Exekutivproceß und die Widerklage S. 92.

ſiſche Widerklage mehr die Natur der gemeinrechtlichen Nachklage. Außer den beiden genannten Fällen kann der Beklagte ſeine Gegenanſprüche entweder per modum exceptionis geltend machen, oder, wo ſie eine beſondere Klage gewähren, dieſe vor dem für dieſelbe competenten Richter eigens anbringen.

Die nun zu gebende dogmatiſche Darſtellung wird die drei Fragen zu löſen haben:

I) Was iſt die Widerklage?

II) Welches ſind ihre Wirkungen?

III) Von wem, gegen wen und bei welchen Rechtsverhältniſſen kann ſie angeſtellt werden?

ad 1) Die Widerklage iſt eine von dem Beklagten gegen den Kläger vor demſelben Richter, während der Dauer des Rechtsſtreites über die Klage, angebrachte Klage, wodurch der Beklagte ſeine Anſprüche gegen den Kläger geltend machen will. Ohne hier auf die mancherlei Eintheilungen der Widerklage einzugehen, die meiſt nutzlos ſind, indem nur die gleichzeitige und ſucceſſive Widerklage eine praktiſch-wichtige Bedeutung hat, iſt hier vielmehr anzugeben, wie ſie ſich von drei andern Rechtsverfolgungsmitteln, mit denen ſie leicht verwechſelt werden kann, unterſcheidet. Es unterſcheidet ſich nämlich die Widerklage

1) von der Einrede der Compenſation und zwar dadurch, daß mittelſt der Widerklage auch Forderungen geltend gemacht werden können, die mit der Klage gar nicht compenſabel ſind, z. B. mit einer Forderung aus einem Darlehn ein Anſpruch auf Rechnungsablage; dann wird die Einrede der Compenſation immer in denſelben Akten mit der Klage verhandelt, nicht aber die Widerklage, und endlich kann durch die Einrede der Compenſation (welche Compenſation ipso jure wirkt, da die Widerklage nur dann, wenn ſie wirklich angebracht wurde, eine Wirkung haben kann), wenn ſie auch auf eine höhere Summe geht, als worauf geklagt wurde, nur Losſprechung von der Klage, nicht aber, wie durch die Wi-

derklage, positive Verurtheilung des Klägers bewirkt werden. Darum muß, da die Vertheidigung des Beklagten in der Regel nur durch Einreden geführt, das Ungewöhnliche aber nicht vermuthet wird, das petitum ausdrücklich auf Condemnation des Klägers gerichtet seyn, wenn eine Widerklage angenommen werden soll [23]).

2) Die Widerklage unterscheidet sich von der Nachklage dadurch, daß letztere voraussetzt, daß über die Klage noch nicht durch ein Definitivurtheil entschieden ist, erstere aber, daß der Rechtsstreit über die Klage bereits beendiget ist. Die Nachklage nämlich wird gewöhnlich dann angestellt werden, wenn der Klage da nur eine exceptio entgegengesetzt wurde, wo man auch eine Widerklage hätte anstellen können, und nun der Beklagte wegen einer andern Ursache, als wegen der exceptio, von der Klage losgesprochen wird, z. B. A contestirt den Kläger B litem negative, setzt zugleich die Einrede der Compensation entgegen; das Interlocut legt dem B den Beweis der Klage, dem A den der Einrede auf; B wird probefällig, A erprobt seine Einrede, hier kann nun A mittelst der Nachklage die Summe fordern, die er compensiren wollte. — Martin [24]) scheint die successive Widerklage und die Nachklage zu verwechseln, indem er jede Widerklage, die nicht den effectus simultanei processus hat, also z. B. zwar nach der litis contestation, aber doch noch vor dem Schlusse des ersten Verfahrens angestellt wird, eine eigentliche Nachklage nennt; auf der andern Seite aber dennoch wieder zur Nachklage völlige Beendigung der Vorklage fordert.

Es unterscheidet sich die Widerklage endlich

3) von den judiciis duplicibus, wobei beide Theile gegenseitig als Kläger und Beklagter erscheinen, dadurch, daß

---

23) Bethmann-Hollweg im Rheinischen Museum 1. Jahrg. 4. H. S. 262.

24) Lehrb. ed. IX. §. 158.

bei dieſen nur immer eine Klage Statt findet, die Einreden aber die Verurtheilung des Klägers bewirken können, bei der Widerklage aber zwei Klagen gegeben ſind, und daß bei den judiciis duplicibus immer ein und dasſelbe Streitobjekt in Anſpruch genommen wird, wo hingegen die Widerklage auch auf ein von der Vorklage ganz verſchiedenes Objekt gehen kann.

Aus der obigen Definition der Widerklage ergeben ſich einige praktiſch wichtige Folgerungen, nämlich:

1) Die Widerklage iſt eine ſelbſtſtändige Klage, was alſo in den Geſetzen von der Klage verordnet iſt, das gilt auch von der Widerklage. Daraus folgt:

a) wenn die Geſetze aus einem Geſchäfte eine Klage verſagen, verſagen ſie auch die Widerklage [25]);

b) wie der Kläger dem Beklagten die zu ſeiner Vertheidigung dienenden Urkunden herauszugeben ſchuldig iſt, ſo auch der Widerkläger dem Widerbeklagten;

c) wie der Kläger dem Beklagten das jus primae instantiae nicht entziehen kann, ſo auch der Widerkläger dem Widerbeklagten; es findet daher eine Widerklage in der Appellationsinſtanz nicht Statt [26]).

d) Iſt es zwar Regel: ut nemo invitus agere, folglich auch, ut nemo invitus reconvenire cogatur; allein nach Juſtinianeiſchem Rechte ſoll der Beklagte bei demſelben Gerichte, wo Klage gegen ihn erhoben iſt, auch ſeine Gegenanſprüche geltend machen, außerdem aber ſo lange warten, bis die Vorklage geendet iſt, damit die Partheien nicht zu gleicher Zeit vor verſchiedenen Gerichten ſich herumziehen. Die deutſche Praxis hat dies aufgehoben, aber gewiß nicht, wie Hefftter [27]) meint, wegen der Leichtigkeit der Rechtsverfolgung bei uns, ſondern vielmehr deßwegen, weil bei der

25) *Gisebert* tractatus de reconos cap. IV. No. 7.

26) *Voet* V. 1. No. 80.

27) Inſtitutionen des Civilpr. S. 102.

langen Dauer unſerer Proceſſe dieſe Vorſchrift nicht wohl zu realiſiren iſt, indem hier z. B. ewig Streit darüber ſeyn würde, ob nicht die Klage des Beklagten erſt nach bereits anhängigem oder ſchon interlocutoriſch beſchiedenem Streit über die Klage des Klägers geboren worden ſei.

2) Die Widerklage iſt begründet, ſobald das die Vorklage als ſtatthaft mittheilende Dekret inſinuirt worden iſt [28]), daraus folgt:

a) gerichtliche Vorkehrungen, welche die Sache blos vorbereiten und veranlaſſen, verſchaffen dem, wider den ſie angeſucht und bewirkt worden ſind, das Recht zur Widerklage nicht; weil noch kein Kläger, kein Beklagter und kein Richter, bei dem geklagt wurde, vorhanden iſt; denn das Gericht, welches ſolche Sicherſtellungen bewilliget, iſt nicht immer auch Richter über die nachfolgende Hauptklage.

b) Dagegen beſteht die Widerklage ſelbſt dann, wenn der Kläger auf die inſinuirte Klage auch verzichtet [29]); denn es findet hier nicht das Verhältniß von accessorium und principale Statt, und es iſt Rechtsregel quod semel utiliter constitit, ex post facto infirmari nequit [30]).

c) Wenn eine Klage gleich anfangs a limine judicii verworfen wurde, ſo kann eine Widerklage nicht angebracht werden.

d) Ganz eigen geſtaltet ſich das Verhältniß, wenn die Competenz des Richters über die Vorklage zu entſcheiden, beanſtandet wird [31]). Wenn der Richter offenbar incompetent rückſichtlich der Klage iſt, ſo muß er dieſe zurückweiſen, und dann kann von der Befugniß, eine Widerklage anzuſtellen, nach c) keine Rede ſeyn. Leitete aber der Richter die Ver-

28) Martin §. 152. not. e. Fiſcher a. a. O. S. 151.

29) Rev. Entw. der Proc. Ordn. für Baiern §. 22. Zum Theil a. M. iſt Fiſcher a. a. O. S. 159.

30) *Stryck* op. t. II. diss. 16. cap. I. §. 15. *Puffendorf* Observationes t. IV. obs. 200.

31) Fiſcher a. a. O. S. 126.

handlung über die Klage ein, indem er entweder seine offenbare Incompetenz übersah, oder sie, als nicht offenbar, von Amtswegen nicht beachten konnte: so wendet der Beklagte entweder die Incompetenz ein oder nicht. Im ersten Falle kann natürlich die Widerklage nur eventuell angestellt werden, und die Verhandlung darüber ist höchstens auch nur eventuell weiter zu pflegen; am besten aber bleibt sie bis zur beschiedenen foridekliniatorischen Einrede suspendirt. Wird dieser Statt gegeben, so fällt natürlich die Widerklage vor diesem Gerichte weg. Wendete der Beklagte die Incompetenz nicht ein, so ist er entweder zur Prorogation befugt, und dann ist durch sein Schweigen das Gericht über die Vorklage competent geworden, und es besteht demnach auch die Widerklage vor demselben, als zu Recht angebracht; oder das Gericht kann auch durch Prorogation nicht competent werden; dann ist es eine Folge der etwa entdeckten Incompetenz des Gerichtes über die Vorklage, daß auch die Widerklagverhandlungen als nichtig aufgehoben werden.

ad II) Die Wirkungen der Widerklage sind dreifach, nämlich

1) der Beklagte, der als Widerkläger auftreten will, kann wegen seiner Widerklage eine Caution fordern. Diese cautio pro reconventione kann aber nur dann gefordert werden, wenn der Widerkläger einen scheinbaren Grund der Widerklage anzugeben vermag [32]), und die Widerklage nicht zugleich mit der Vorklage verhandelt und entschieden werden kann. Die cautio ist gewöhnlich eine cautio judicio sisti, und geht auf den Schaden, den der Widerkläger dadurch erlitte, wenn der jetzige Kläger sich auf die Widerklage nicht vor dem Gerichte der Vorklage stellen würde. Eine cautio judicatum solvi ist nur dann zulässig, wenn die Widerklage zwar sogleich vor dem forum der Vorklage angebracht wurde, aber nicht mit derselben entschieden werden konnte, und nun

32) v. Cramer Nebenstunden Th. 33. S. 10.

der in der Vorklage unterlegene Beklagte executive zur Zahlung angehalten wird. Hier muß natürlich auch der wahrscheinliche Betrag der Widerklage beiläufig angegeben seyn.

2) Die vorzüglichste Wirkung der Widerklage ist der s. g. effectus prorogatae jurisdictionis, kraft dessen auch ein nach der Regel „actor sequitur forum rei" an sich nicht competenter Richter competent wird. Allein blos in Hinsicht auf die Person erweitert sich die Competenz, nie aber erhält dadurch der Richter eine ihm gar nicht zustehende Art der Gerichtsbarkeit, z. B. A belangt den B vor der Handelskammer aus einem Handelsgeschäft, so kann hier B nicht eine Widerklage wegen Injurien gegen den A erheben; oder das forum rei sitae ist als ein forum exclusivum von einer Landesgesetzgebung aufgestellt, so kann die Realwiderklage nicht vor einer andern Gerichtsbehörde angestellt werden, als jener, welche über das in Frage stehende Immobile die Realgerichtsbarkeit ausübt [33]). Dagegen tritt diese Erweiterung der Competenz auch bei einem delegirten Gerichte ein [34]), nicht aber kann bei Schiedsrichtern, wenn sie auch dafür ausdrücklich bestellt wurden, eine Widerklage angestellt werden. Der Gerichtsstand der Widerklage tritt für den Kläger auch da ein, wo er einen befreiten Gerichtsstand genießt, und wie z. B. ein Geistlicher auf das privilegium fori nicht verzichten kann; denn das cap. 12. X. de foro compet. (2. 2.), sagt nur, daß durch privatorum pactio dem Privilegium der Kirche kein Eintrag geschehen könne; hier aber tritt nicht die privatorum pactio, sondern die legis dispositio ein [35]).

3) Die dritte Wirkung der Widerklage endlich ist der effectus simultanei processus, kraft dessen Vor- und

33) *Voet* V. 1. no. 85. Fischer a. a. O. S. 129. Heffter im Arch. f. civ. Praxis X. Bd. No. IX.

34) Cap. 1. X. de mut. pet. (2. 4.). *Boehmer* J. E. Prot. L. II. tit. IV. §. 2. Fischer a. a. O. S. 130.

35) *Boehmer* l. c. L. II. tit. 2. §. 57. Fischer a. a. O. S. 131.

Widerklage gleichzeitig mit einander verhandelt und entſchieden werden. Damit aber dieſe Wirkung eintrete, iſt erforderlich

a) daß die Widerklage vor oder gleich nach der Litiskonteſtation auf die Vorklage angebracht werde [36];

b) daß beide Sachen zu derſelben Proceßart geeignet ſeyen, z. B. gegen eine Klage im Executivproceſſe kann eine Widerklage aus dem Aquiliſchen Geſetze cum effectu simultanei processus nicht geltend gemacht werden; wohl aber kann gegen eine zum ordentlichen Proceſſe geeignete Klage eine für den ſummariſchen Proceß geeigenſchaftete Widerklage cum effectu simultanei processus angeſtellt werden; nur muß ſich dann, da in den ſummariſchen Proceſſen eine Art von Privilegium liegt, auf welches verzichtet werden kann, und durch die Anſtellung der Widerklage auch wirklich verzichtet wird, der Widerkläger den ordentlichen Proceßgang der Vorklage auch für ſeine Widerklage gefallen laſſen. Nur bei dem mehr des öffentlichen Wohls wegen eingeführten unbedingten Mandatsproceſſe, wo er mehr nur die Natur einer proviſoriſchen Verfügung hat, und bei dem possessorium summariissimum iſt dies nicht der Fall, und dieſe müſſen vor der Conventionsſache verhandelt werden [37]. — Auch im Concursproceſſe iſt die Reconvention nach gemeinem Rechte zuläſſig, da hier für jeden Liquidanten eigne Faſcikel angelegt ſind, und das judicium nur quoad materiam, nicht aber auch quoad formam universale iſt [38].

c) Die Entſcheidung der Vorklage darf nicht präjudiciell ſeyn für jene der Widerklage, z. B. die condictio furtiva für die deßhalb als Widerklage erhobene actio injuriarum.

---

36) *Pirhing* Jus canonicum II. 4. no. XVII.

37) Arg. cap. 10. X. de rest. spol. (2. 13.).

38) *Berger* Oec. jur. p. 832. Anders iſt dies nach baieriſchem Rechte, wo das judicium auch quoad formam universale iſt.

d) Die Widerklage darf nicht so weit ausſehend ſeyn, daß durch ihre gleichzeitige Verhandlung eine Verwirrung oder Verſchleppung des Proceſſes entſtehen könnte; in einem ſolchen Falle muß ſie zur beſondern Ausführung und Entſcheidung in abgeſonderten Akten verwieſen werden [39].

ad III) Die erſte Frage, wer kann eine Widerklage anſtellen und gegen wen kann ſie angeſtellt werden? beantwortet ſich im Allgemeinen dahin, nur der Beklagte kann eine Widerklage anſtellen, und nur gegen den Kläger kann ſie angeſtellt werden. Daraus folgt:

1) reconventio reconventionis non datur, d. h. der Kläger kann gegen eine Widerklage nicht wieder mit einer neuen Klage auftreten, weil dadurch die Proceſſe endlos werden und die höchſte Verwicklung entſtehen würde; der Kläger auch ſeine verſchiedenartigſten Anſprüche durch eine objective Klagencumulation gegen denſelben Beklagten geltend machen konnte. Nur dann, wenn der Gegenſtand der Widerklage mit dem Objecte jener Klage, welche der Widerbeklagte gegen den Widerkläger anſtellen will, connex iſt, findet eine Ausnahme Statt [40]. Die Verfaſſer der Motive zum revidirten Entwurfe der Proceßordnung für das Königreich Baiern §. 38 beſtreiten dieſe Ausnahme, indem ſie ſagen, für eine Widerklage, welche der Widerklage entgegengeſetzt werde, ließe ſich gar kein Zweck denken, der erſte Zweck ſei die Begründung des Forums, dieſer falle für die zweite Widerklage weg, denn der Kläger habe ja das Forum ſchon. Der zweite Zweck ſei der Simultanproceß; wenn aber nicht Verwirrung eintreten ſolle, ſo könne doch unmöglich ein dreifacher Proceß als ein gleichheitlicher geführt werden; es könnte alſo der aufgeſtellte Satz nur zu wirklich lächerlichen

39) *Voet* V. 1. no. 88.

40) *Toullier* Droit civil français t. VII. p. 494. Gönner Handb. Bd. I. Abhandl. XXV. §. 10. Fiſcher a. a. O. S. 151.

Reſultaten führen. Allein dieſe Beweisführung iſt falſch; denn einmal hat ja der Kläger nicht immer das forum, z. B. der Beklagte hat nach bereits anhängiger Vorklage ein anderes forum domicilii erhalten, und tritt nun mit einer Widerklage auf, wo hat der Kläger da das forum für ſeine Widerklage ſchon? dann muß ja nicht gerade die vom Beklagten angeſtellte Widerklage den effectus simultanei processus haben, alſo auch nicht immer ein dreifacher Proceß als ein gleichheitlicher behandelt werden. Oft kann der Fall eintreten, daß der Kläger nur einen Rechtsanſpruch gegen den Beklagten geltend machen will, einen andern aber wegen einer gewiſſen Zartheit des Verhältniſſes verſchweigt. Nun bringt der Beklagte dies Verhältniß, z. B. einer Societät, in der Widerklage zur Sprache, hier muß er ſich es nun gewiß gefallen laſſen, oder er conſentirt durch eben dieſes Vorbringen, daß alle Rechtsverhältniſſe zwiſchen ihm und dem Kläger in Beziehung auf dieſes Geſchäft auseinander geſetzt werden. Daß nicht Verwirrung eintrete, dafür muß und wird eine geſchickte Proceßleitung ſorgen. Zu wirklich lächerlichen Reſultaten, beſonders bei der Oeffentlichkeit der Gerichte, könnte eher der Satz der Motivenverfaſſer führen, indem es nach demſelben möglich iſt, daß über ein und daſſelbe Rechtsverhältniß zwei ſich geradezu widerſprechende Urtheile ergehen.

2) Der Sachwalter des Beklagten, z. B. der Vertreter einer universitas, braucht ſich eine Widerklage rückſichtlich deſſen, was er für ſich ſchuldet, nicht gefallen zu laſſen [41]). Eben ſo kann, wenn eine Klage gegen den Vater in geſetzlicher Vertretung ſeiner minderjährigen Kinder, gegen den Ehemann als geſetzlichen Sachwalter ſeiner Gattin, gegen

41) *Voet* l. c. nr. 82. bezieht dies auch auf die societas; dachte aber, indem er einen socius als Vertreter unterſtellt, wahrſcheinlich an die großen holländiſchen Handelsgeſellſchaften ſeiner Zeit, die wahre universitates waren.

einen Vormund als Vertreter seines Mündels angestellt wird, derselbe wohl eine Widerklage im Namen seiner beklagten Kinder, Gattin und Pupillen anbringen, nicht aber eine eigene Forderung widerklagend verfolgen. Umgekehrt aber können auch diese Personen, wenn sie für ihre Kinder, Gattin und Pupillen klagbar auftreten, nicht wegen einer eigenen Schuld im Wege der Widerklage belangt werden [42]).

3) Es braucht sich der Kläger keine Widerklage von dem gefallen zu lassen, der nur als Intervenient zur Vertheidigung des Beklagten, z. B. als auctor, mit auftritt; denn es beruht die Widerklage darauf, daß, wer von einem Richter gegen eine bestimmte Person Recht gesprochen haben will, sich es nun auch gefallen lassen muß, daß derselbe Richter derselben Person Recht gegen ihn spreche; darum setzt die Widerklage eine Vorklage voraus, und man kann dem keine Widerklage geben, gegen den nicht geklagt wurde [43]).

4) Für die Entscheidung der Frage, in wie weit der Cessionar sich eine Widerklage des debitor cessus gefallen lassen muß, sind die leitende Norm die zwei Grundsätze, daß die Widerklage nur ein Produkt der Proceßführung ist, daß also von ihr und ihren Wirkungen nur dann die Rede seyn kann, wenn zwischen diesem Kläger und diesem Beklagten ein Proceß wirklich erhoben ist, dann, daß der Cessionar sich nur so weit, als er wirklich in das Recht des Cedenten getreten ist, Einwendungen aus dessen Person gefallen lassen muß, und so ergibt sich, daß der debitor cessus nur Gegenansprüche, welche ihm gegen Cessionar selbst zustehen, gegen diesen mittelst einer Widerklage geltend machen kann [44]).

5) Bei Streitgenossen kann eine Widerklage nur dann cum effectu simultanei processus Statt finden, wenn

---

42) Fischer a. a. O. S. 134.

43) *Voet* l. c. nr. 83. Fischer S. 145. A. M. ist Martin im Magazin für den Proceß Th. II. S. 205.

44) Mühlenbruch von der Cession §. 62.

wenn außer den oben bereits angeführten Eigenſchaften die Streitgenoſſenſchaft auch wieder bei der Widerklage eintritt, indem ſie entweder gegen alle ſtreitgenoſſene Kläger geht, oder von ihnen allen erhoben werden kann. In abgeſonderten Akten cum effectu prorogati fori können auf einzelne Streitgenoſſen widerklagend auftreten oder als Widerbeklagte belangt werden [45]). — Dadurch, daß man nur befugt iſt, wegen desſelben Gegenſtandes, weßwegen der Beklagte eine Widerklage zu erheben gedenkt, eine Klage gegen deſſen Kläger mitanzuſtellen, kann man als nicht wirklich Beklagten kein Recht zur Widerklage erhalten. Allein deſſen ungeachtet wird man ſeine Klage mit im forum der Widerklage anbringen können. Wenn z. B. A und C gegen den B gemeinſchaftlich eine Forderung auf 1000 fl. haben, und A zuerſt den B vor ſeinem Perſonalforum wegen ſeiner 500 fl. belangt, dann B gegen den C eine Klage anſtellt, ſo kann hier C wegen ſeiner 500 fl. den B nicht im forum der Widerklage belangen, ſo lange die Klage des A noch ſchwebt, ſondern er muß wegen der Connexität des Streitgegenſtandes ſeine Klage in dem Perſonalforum erheben. Umgekehrt aber, wenn C gegen den B zuerſt ſeinen Anſpruch auf 500 fl. in dem forum der Widerklage geltend macht, ſo iſt A, wenn er während der Anhängigkeit der Widerklage des C ſeine Anſprüche gegen den B geltend machen will, nicht blos berechtiget, ſondern ſogar verpflichtet, ſeine Klage wegen der ihm zuſtehenden Hälfte der Forderung vor eben dem Richter, wo C reconveniendo geklagt hat, anzubringen. Da alſo C den gemeinſchaftlichen Gläubigern A und C geſtattet iſt, ihre abgeſonderten Klagen gegen den Schuldner B auf Zahlung ihrer Forderungsantheile ſucceſſiv von jenem Gerichte anzubringen, wo C von B belangt wurde, ſo iſt kein Grund vorhanden, ihnen dieſes zu verwehren, wenn ſie eine gemeinſchaftliche Klage gegen den B eingeben wollen. Es wird alſo hier das

45) Martin Magazin für den Proc. 2. St. S. 204.

forum der Widerklage aber nicht eigentlich als ſolches, ſondern mehr als forum connexitatis begründet; der Simultanproceß jedoch iſt natürlich in einem ſolchen Falle ausgeſchloſſen [46]). — Ganz irrig iſt die Anſicht von Fiſcher [47]), daß, wenn der Beklagte geſtorben, und es noch an der Zeit iſt, gegen den Kläger eine Widerklage anzuſtellen, der Erbe ſich dieſes Rechtes nicht bedienen könne, wenn die Forderung, die er einklagen wolle, ihm nicht als Erbe, ſondern als Prälegatar zuſtehe, oder gar nicht aus dem Vermögen des beklagten Erblaſſers herrühre. Denn durch den Erwerb der Erbſchaft wird der Erbe eine Perſon mit dem Erblaſſer, der Nachlaß und das bisherige Vermögen des Erben bilden fortan nur ein Ganzes und ein Vermögen; der Erbe tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblaſſers ein [48]), zu dieſen Rechten gehört auch noch die Befugniß, als Beklagter Widerklage zu erheben, die keineswegs als ein höchſt perſönliches Recht angeſehen werden kann [49]).

In Bezug auf die zweite Frage: Bei welchen Rechtsverhältniſſen findet die Widerklage Statt? iſt es vorzüglich controvers, ob dieſelbe gegen die actio depositi zuläſſig ſei. Diejenigen, welche dieſes verneinen, ſtützen ſich vorzüglich darauf, daß bei der actio depositi die Einrede der Compenſation nicht vorgeſchützt werden könne. Allein bei der Widerklage iſt das Verhältniß ein ganz anderes. In dem ordentlichen Proceſſe wird immer über die Klage und Einrede zugleich erkannt, da könnte es denn oft durch das Vorſchützen der Compenſationseinrede dahin kommen, daß der Deponent ſein Depoſitum ſehr lange entbehren müßte; dieſem nun wollte

46) Fiſcher S. 136.

47) S. 136.

48) Seuffert Pandektenr. §. 571.

49) L. 14. de sent. et interloc. (7. 45.): „Cujus in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur. Dieſer Grund paßt auch auf den Erben als Nachfolger des Erben.

der Geſetzgeber begegnen. Wenn aber die Klage einfach, die Widerklage dagegen weit ausſehend iſt, ſo fällt ja der effectus simultanei processus weg, und nur der effectus prorogatae jurisdictionis findet Statt [50]). — Wenn die einer Klage entgegengeſetzte Einrede der Compenſation verworfen wurde, und nun es ſich darum handelt, ob dieſelbe noch im Wege der Widerklage geltend gemacht werden kann, ſo muß man unterſcheiden, ob die Einrede deßwegen verworfen wurde, weil die Erforderniſſe der Compenſabilität nicht vorhanden waren, oder deßwegen, weil gar keine Forderung nachgewieſen ward. Im erſten Falle findet die Widerklage Statt, im letzten dagegen ſteht ihr die exceptio rei judicatae entgegen [51]). — Bei Injurienklage findet eine Widerklage nur wegen eben der Injurien, wegen welcher geklagt wird, Statt, indem z. B. der Widerkläger behauptet, er ſei noch in reichlicherem Maße injurirt worden, nicht aber z. B. eine ex contractu hergenommene Widerklage aus der von Ulpian in L. 2. §. 5. de judic. (5. 1.) angegebenen ratio: alioquin aut impune contumeliis et damnis adficientur; aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere eos jurisdictioni, dum se vindicant.

Um nun zur Angabe des legislativen Geſichtspunktes im Allgemeinen überzugehen, ſo iſt nicht zu läugnen, daß es hart iſt, wenn man vor ſeinem Gerichte von einem Kläger, an den man ſelbſt Anſprüche zu machen hat, belangt wird, dieſe nun vor deſſen vielleicht ſehr entferntem Gericht austragen zu müſſen; daß ferner beſonders der Effekt des Simultanproceſſes, begründet durch die mit der Exception angebrachte Widerklage, für die Partei etwas außerordentlich Wichtiges iſt, indem er für Partheien und Gerichte gleichviel erſpart, weil immer Proceß weniger iſt. Aber es iſt auch auf der andern Seite nicht zu läugnen, daß gerade dieſen Effekt des

50) *Voet* nr. 86.

51) L. 7. §. 1. de compensat. (16. 2.).

Simultanproceſſes oft die Chikane benützt, um durch eine unbegründete Widerklage die Entſcheidung über die Vorklage auf die Länge hinauszuſchieben.

Dieſem nach iſt

1) die Widerklage nicht, wie vom Berner Proceßgeſetzbuch Satzung 77 geſchehen iſt, ganz zu verwerfen, vielmehr

2) muß ſie ſowohl gegen In- als Ausländer bei connexen Sachen ſowohl als nicht connexen Sachen zugelaſſen werden;

3) der Simultanproceß tritt ſowohl bei connexen als nicht connexen Sachen in der Regel ein, wenn nicht die oben (II. 3.) angegebenen Ausnahmen Statt finden.

Der revidirte Entwurf einer Proceßordnung für Baiern §. 204 läßt den Simultanproceß nur bei der connexen Widerklage zu; der Entw. v. J. 1825 §. 349. auch bei nicht connexen Sachen, ohne ſogar dem Richter die Befugniß zu geben, den ſonſt begründeten Effekt des Simultanproceſſes da zu verſagen, wo die Widerklage ſo weit ausſehend iſt, daß durch den Eintritt desſelben eine Verwirrung oder Verſchleppung des Proceſſes entſtehen könnte. Dieſe Beſtimmung nun hat auch der ſtändiſche Ausſchuß begutachtet. Die Motive haben bei dem Simultanproceß einer nicht connexen Widerklage Verwirrung des Proceſſes und bei der eben angegebenen Befugniß des Richters hat man vielleicht Willkühr der Richter befürchtet. Allein jene Verwirrung iſt nicht bei allen nichtconnexen, dagegen auch bei manchen connexen Widerklagen zu fürchten, und überhaupt ſchützt dagegen die Geſchicklichkeit und gegen die befürchtete Willkühr die Redlichkeit des Richters; auf beide aber muß ſelbſt die beſte und detaillirteſte Proceßordung rechnen, denn durch ſie erſt erhält ſie wahres, gedeihliches Leben.